

## O dano moral e a teoria dos *Punitive Damages*

*The moral damage and the punitive damages theory*

---

**Letícia Alves Ferreira Souto**

Graduanda do 8º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM).

E-mail: [leticiafsouto@hotmail.com](mailto:leticiafsouto@hotmail.com)

**Resumo:** O presente trabalho tem como objeto de estudo a discussão quanto à possibilidade de aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente em relação à indenização por dano moral. O que se buscou foi a breve discussão acerca do dano extrapatrimonial, a construção histórica da Teoria, seu desenvolvimento no direito comparado e, ao final, demonstrar sua adequação ao Direito brasileiro. Por fim, concluiu-se que a indenização punitiva está em consonância ao disposto na Constituição Federal e no atual Código Civil, em razão não só da necessidade de proteção da vítima, mas também de punição exemplar do ofensor.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral. *Punitive Damages*.

**Abstract:** The present research aims at discussing about the applicability of the Punitive Damages Theory to the Brazilian law, specifically in relation to compensation for moral damage. The aim was a brief discussion of off-balance sheet damage, the historical basis of this Theory, its development in comparative law and, ultimately, to demonstrate its suitability to the Brazilian law. Finally, it was concluded that the punitive damages are in accordance with the provisions of the Federal Constitution and the current Civil Code, not only because of the need for victim protection, but also for exemplary punishment of the offender.

**Keywords:** Civil Law. Civil Liability. Moral Damage. Punitive Damages.

---

### 1 Introdução

Partindo-se da ideia de que o ser humano é eminentemente um animal gregário, parece óbvio que das constantes interações humanas, em algum aspecto, surgirão conflitos, existindo de um lado o direito à reparação pelo dano sofrido, e de outro o dever de responder pela conduta danosa. É nesse contexto que surge a noção de responsabilidade civil como sendo o mecanismo capaz de restaurar o equilíbrio econômico das partes envolvidas.

Durante toda a história de desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil, o que se buscou sempre foi a proteção da vítima, sendo resguardada de forma mais ampla possível. Porém, em muitos momentos, a conduta danosa do ofensor foi relegada a segundo plano, fato que não mais deve se perdurar, tendo em vista a necessária punição daqueles que praticam ilícitos civis. A partir daí, surge a Teoria dos *Punitive Damages*, que tem por principal objetivo o reconhecimento do caráter punitivo da indenização e consequente majoração do *quantum* indenizatório.

Este trabalho abordará, sucintamente, as bases da responsabilidade civil, adentrando a uma das espécies de dano previsto na Constituição Federal, qual seja o dano moral. A seguir, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, será discutida a Teoria dos *Punitive Damages*, destacando seu conceito, surgimento histórico, desenvolvimento no direito comparado, requisitos para sua aplicação, controvérsia existente na doutrina e Jurisprudência pátrias quanto à sua adequação ao ordenamento jurídico e, ao final, demonstrando uma tendência doutrinária moderna no sentido de autorizar a aplicação da indenização punitiva no direito brasileiro.

O objetivo deste trabalho é analisar a possibilidade de aplicação e adequação da Teoria dos *Punitive Damages* no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que diz respeito à fixação da indenização decorrente de dano moral.

Por fim, o presente trabalho foi desenvolvido utilizando-se do método dedutivo de pesquisa na modalidade de revisão bibliográfica, vez que foram utilizados textos que de forma direta ou indireta abordaram a temática, incluindo artigos periódicos, inclusive aqueles disponíveis na rede mundial de computadores.

## ***2 Noções essenciais de responsabilidade civil***

Pode-se definir responsabilidade civil como sendo o dever de reparar o dano causado a outrem, em virtude de uma conduta violadora de uma norma jurídica preexistente, assumindo, o agente, as consequências de seu ato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013). Em nosso atual Código Civil, está prevista no artigo 927, o qual institui ao causador do dano o dever de indenizar, pela prática de ato ilícito (artigos 186 e 187, do mesmo diploma). O *Codex* ainda estabelece que a reparação poderá se dar em face de dano material ou, ainda que exclusivamente, de dano moral.

A partir de tal conceito, conclui-se que a responsabilidade civil encontra seus fundamentos no princípio do *neminem laedere* de Ulpiano, pelo qual não se deve lesar a ninguém. Nos dizeres de Yussef Said Cahali, “a regra *neminem laedere* insere-se no âmago da responsabilidade civil” (1998, p. 37). Assim, uma vez desrespeitada tal máxima, surge o dever de indenizar, ou seja, de reparar o dano causado a outrem.

A origem do instituto remonta às civilizações pré-romanas, em que a concepção de responsabilidade estava calcada na noção de vingança privada. Já na era do Direito Romano, não se pode olvidar da Lei das XII Tábuas, a qual ainda previa traços da Pena de Talião, mas que inovou ao possibilitar a composição entre a vítima e o ofensor. Além disso, marco de grande importância na evolução histórica da responsabilidade civil foi a edição da *Lex Aquilia*, a qual previa a aplicação de pena proporcional ao dano causado, levando-se em consideração a culpa do agente. Por fim, há que se ressaltar o Código de Napoleão, o qual influenciou sobremaneira o Código Civil brasileiro de 1916, em que a culpa foi alçada a elemento necessário ao reconhecimento da responsabilidade civil.

Cumprido, nesse ponto, elencar quais as funções da reparação civil, ou seja, quais os objetivos a serem atingidos pela fixação da indenização. A doutrina pátria estabelece três funções principais: compensatória, punitiva e educativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013). Nessa linha de ideias, a função compensatória se traduz no objetivo que a reparação civil tem de retornar as coisas ao estado anterior, voltando-

se, as partes, à situação por elas experimentada antes da ocorrência do fato danoso. Já a função punitiva, vista como secundária, gera um efeito dissuasivo ao ofensor, compelindo-o a não mais praticar tal conduta ilícita, punindo-o pelo ato praticado. Por fim, a função educativa traduz-se na noção de mostrar à sociedade que condutas como a adotada pelo ofensor não são toleradas e, por isso, não devem ser tomadas pela comunidade, caso contrário, serão passíveis de reprovação.

Uma vez definidas as bases da responsabilidade civil, passa-se à análise de uma das possibilidades de incidência do regramento indenizatório, qual seja, a reparação do dano moral, objeto deste estudo.

### **3 Dano moral: conceito, evolução e indenizabilidade**

Há muito no ordenamento jurídico brasileiro se discutia a possibilidade ou não de reparação civil pelo dano exclusivamente moral. Muitos defendiam a impossibilidade de indenização nesses casos sob o argumento de que não se pode reparar pecuniariamente uma dor, um sofrimento, uma perda. A par de tais discussões, a Constituição Federal de 1988 encerrou a querela, uma vez que elevou a *status* de direito fundamental a indenização pelo dano moral, conforme artigo 5º, incisos V e X. Em consonância à Lei Maior, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, estabeleceu que aquele que por ação ou omissão viola direito de outrem e causa dano, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo (artigo 927, CC/02).

Apresentadas as previsões legais garantidoras da indenização à vítima de dano moral, cumpre conceituá-lo. Resumidamente, o dano moral é aquele que viola direitos da personalidade, que não invade o patrimônio econômico do ofendido, mas sua integridade física, sua vida, seu bem-estar, sendo também denominado dano extrapatrimonial. Nas lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 105).

Ainda nos dizeres de Sílvio Venosa,

será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento [...] (2003, p. 34).

A partir da análise do conceito de dano moral, parece claro que, ao possibilitar sua reparação, a intenção do legislador, tanto constitucional quanto infraconstitucional, foi a de garantir o respeito ao princípio fundamental da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Por tal princípio, o ser humano passa a ser entendido como o centro de todo o ordenamento, devendo ser protegido sob todas as formas, pela garantia de seus direitos e liberdades (FARIAS; ROSENVALD, 2010). A indenização por dano moral se coaduna com essa ideia de proteção, tendo em vista que permite ao ofendido a

reparação por violação de seus direitos personalíssimos, caracterizadores de sua essência humana.

Nessa ordem de ideias, é preciso trazer à baila um dos pilares estruturadores de nosso atual Código Civil, qual seja, o princípio da eticidade, pelo qual as relações jurídicas civis devem ser calcadas pela ética e moralidade. A reparabilidade do dano moral está em flagrante consonância a tal princípio, vez que garante a boa-fé às interações humanas surgidas a partir de um ato ilícito.

Cumprе salientar que a noção de dano moral é muito mais remota do que se pode imaginar. O Código de Hamurabi, uma das legislações mais antigas das quais se tem conhecimento, já reconhecia tal instituto e previa a possibilidade de reparação, pela aplicação da Pena de Talião, para a compensação da vítima do dano moral. A civilização grega também se preocupou em proteger o ofendido de dano extrapatrimonial, mas diferentemente do ordenamento anterior, concedeu caráter pecuniário à indenização, afastando a vingança física e pessoal da Pena de Talião.

A ideia de reparabilidade do dano moral ganhou novos contornos no Direito Romano, tendo se consolidado, nessa civilização, a possibilidade de indenização pecuniária pelo ato lesivo à honra e à integridade da pessoa humana. Ademais, não se pode olvidar do Direito Canônico, o qual estabeleceu específica reparação aos danos morais causados.

Voltando-se para o contexto brasileiro, o Código Civil de 1916 trouxe as primeiras teses defensivas da reparabilidade do dano moral, especificamente pela interpretação de seus artigos 76, 79 e 159, cuja redação deste último dispositivo muito se assemelha à do atual artigo 186 do Código Civil. Cumprе anotar que, em razão do antigo artigo 159 não tratar expressamente do dano moral, doutrina e Jurisprudência pátrias passaram a rejeitar, enfaticamente, a possibilidade de indenização de tais danos, inclusive pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A par do entendimento até então adotado, algumas leis especiais sobrevieram, tratando da reparação do dano extrapatrimonial, como é o caso do Código Eleitoral, da Lei de Direitos Autorais, do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, a mais importante alteração, da própria Constituição Federal de 1988. A partir desse momento, todas as discussões acerca da ressarcibilidade ou não do dano moral se tornaram inócuas, visto que a Lei Maior erigiu a indenização pelo dano moral à matéria constitucional, especificamente, como direito e garantia fundamental.

Em consonância à previsão do legislador constituinte de 1988, o Código Civil de 2002 reconhece expressamente, em seu artigo 186, o instituto do dano moral e sua possibilidade de indenização, por força do artigo 927. Portanto, na atualidade, se faz totalmente possível a reparação do dano extrapatrimonial.

Tratando-se da natureza jurídica da reparação pelo dano moral, vislumbra-se uma doutrina minoritária, para quem a função única da indenização, nesse caso, é sancionadora. Para esse entendimento, a reparação pelo dano moral seria entendida como “pena civil”, a qual serviria para reprovar e reprimir a conduta levada a cabo pelo ofensor. Tal pensamento não se sustenta justamente por considerar apenas o causador do ilícito, deixando de lado a vítima da lesão.

Noutro extremo, encontra-se a doutrina que entende ser a natureza jurídica do dano moral apenas compensatória. Para essa corrente, o valor arbitrado à indenização

pelo dano extrapatrimonial não pode superar apenas o necessário a compensar o prejuízo sofrido pela vítima. Aqui, a noção de reparação pecuniária não se restringe à função de equivalência, visto ser essa finalidade atinente ao dano material, mas à função compensatória, satisfatória, uma vez que a lesão da vítima não se deu pela perda de parte de seu patrimônio, mas da ofensa a um direito personalíssimo.

Por fim, encontra-se a teoria mista entre as duas anteriormente apresentadas. Para esses doutrinadores, os quais totalizam a maioria, a natureza jurídica da reparação do dano moral é dúplice: primeiramente, a indenização possui caráter compensatório e secundariamente, possui caráter sancionador. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves salienta que, “ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo [...]” (2008, p. 376).

Ainda pondera Maria Helena Diniz que

a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato [...] (2010, p. 109).

Dessa maneira, para tal entendimento, a indenização deve, por um lado, levar em consideração o prejuízo da vítima, materializado no aspecto compensatório e, por outro, a conduta ilícita do ofensor, materializado no aspecto sancionador. Atendendo a essa duplicidade de funções da reparação do dano moral, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.960/2002 (atual n. 276/2007), o qual altera o artigo 944 do Código Civil, conferindo-lhe um segundo parágrafo com a seguinte redação: “§2º: A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

O equívoco existente ainda na doutrina que defende a natureza jurídica dúplice da indenização em apreço encontra-se na pouca relevância que se dá ao aspecto punitivo, levando-se em conta que, muitas vezes, apenas a compensação ao ofendido é analisada para a reparação do dano moral, esquecendo-se de sua função sancionadora.

Conforme brilhante ensinamento do professor Salomão Resedá, em dissertação sobre o tema,

acredita-se que a grande falha desta teoria encontra-se exatamente na limitada importância que se concede ao aspecto restritivo do comportamento do sujeito passivo. [...]. A indenização deve possuir um respaldo maior no seu aspecto sancionador até mesmo para servir como desestímulo, convergindo a resposta do ordenamento jurídico à conduta lesiva e injusta do autor (2008, p.198-199).

Como forma de fortalecer o aspecto punitivo, dando-lhe mais eficácia, surge, na Inglaterra, a Teoria dos *Punitive Damages*, objeto central deste estudo.

#### 4 Teoria dos Punitive Damages: origem, evolução e principais aspectos

A expressão *Punitive Damages*, surgida em meados do século XVIII, no direito inglês e, posteriormente, mais bem desenvolvida no direito norte-americano, traduz a ideia de “indenização punitiva”. Também chamados de *exemplary damages*, os *Punitive Damages* implicam a majoração da indenização conferida ao ofendido, para além de sua compensação, tendo em vista a função punitiva da reparação, especificamente, quanto ao dano moral causado.

Nas palavras de Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira,

conhecidos também por *exemplary damages*, *vindictive damages*, *added damages* ou *presumptive damages*, os *Punitive Damages* consistem no montante a ser conferido ao autor de uma ação indenizatória, valor esse distinto ao da compensação do dano gerado, ou seja, distinguindo-se dos *compensatory damages*, especialmente quando o dano é decorrente de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão (2012, p. 31).

Imperioso destacar que os *Punitive Damages* consubstanciam-se em duas funções: a punitiva, já citada neste trabalho, vez que ao acrescentar à indenização valor superior à compensação da vítima, pretende-se punir, sancionar o ofensor pela prática do ato ilícito, inibindo-o a cometer novamente tal conduta danosa. A segunda função é a desestimuladora, razão pela qual muitos doutrinadores denominam a Teoria ora em apreço de “Teoria do Desestímulo”. Dessa maneira, ao arbitrar alto valor de indenização pela conduta ofensiva, pretende-se desestimular a prática de novos comportamentos similares, mostrando à sociedade que atos como aquele não são tolerados e, por sua vez, são severamente punidos.

Nessa ordem de ideias, Salomão Resedá ressalta que,

sendo assim, diante dessa estruturação, conceitua-se o *punitive damage* como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e consequente função social da responsabilidade civil (2008, p. 230-231).

Uma vez delimitados os contornos da Teoria dos *Punitive Damages* e de sua consequência, passa-se à apreciação do surgimento e da evolução histórica do instituto no direito comparado, especialmente nos países da *common law*.

A expressão *Punitive Damages* foi utilizada pela primeira vez em 1763, na Inglaterra, nos casos *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*. Em ambos os casos, o que se vislumbrou foi a prática de um ato ilícito, violador do direito de ir e vir, de forma ultrajante, maliciosa, opressora e fraudulenta. Dessa maneira, percebe-se que a ideia de indenização punitiva, capaz de elevar o *quantum* indenizatório, visando o desestímulo da conduta perpetrada, surgiu no século XVIII, no continente europeu, sendo aplicada

pelo Tribunal do Júri naqueles casos de grave violação a um direito fundamental do ofendido (RESEDÁ, 2008).

Atualmente, ainda existe, no direito inglês, grande deferência à aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* pelo Júri. Porém, como nos esclarece Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira, o país passou a assegurar “um maior poder à Corte de Apelação para revisar e alterar os montantes concedidos pelo júri, em resposta ao crescente número de casos envolvendo *Punitive Damages* de valores excessivamente desproporcionais” (2012, p. 37).

Apesar de surgida na Inglaterra, a Teoria dos *Punitive Damages* foi consolidada e amplamente aplicada no direito norte-americano. O primeiro caso que se tem conhecimento de aplicação da indenização punitiva nos Estados Unidos data do ano de 1791, no *leading case Coryell v. Colbough*, o qual discutia o não cumprimento de promessa de casamento (RESEDÁ, 2008). Não obstante, foi na década de 60 que a aplicação dos *Punitive Damages* pelos Tribunais sofreu enorme crescimento. As três décadas que se seguiram foram marcadas por inúmeras demandas coletivas, as quais visavam à reparação dos denominados *torts* (danos), causados em detrimento da sociedade e as quais pugnavam pela aplicação da indenização punitiva de alto valor.

Inspirados no direito inglês, os norte-americanos também mantiveram a competência do Tribunal do Júri, formado por cidadãos leigos, para análise do cabimento e quantificação da indenização nos ditames dos *Punitive Damages*. Porém, diferentemente do ocorrido na Inglaterra, os estadunidenses ampliaram a aplicação dos *Punitive Damages* para abranger não apenas as relações em que envolviam malícia ou negligência grosseira, mas também nos casos de responsabilidade objetiva, atingindo sobremaneira as relações das grandes empresas fornecedoras com seus consumidores, além da incidência sobre algumas relações contratuais (RESEDÁ, 2008).

Atualmente, a maioria dos estados norte-americanos admite a aplicação da indenização punitiva, alguns, inclusive, por expressa previsão legal, como é o caso da Califórnia. Apesar disso, como bem nos mostra Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira, “cinco não admitem tal sistema, quais sejam: Louisiana, Nebraska, New Hampshire, Massachusetts e Washington” (2012, p. 34). Por tal número, percebe-se que a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, nos Estados Unidos, é indiscutível.

Nessa ordem de ideias, curioso citar os casos de indenizações milionárias decorrentes da aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*. Ao longo da história do direito privado norte-americano, é possível vislumbrar inúmeros casos em que, pela aplicação dos *Punitive Damages*, as indenizações chegaram a patamares de milhões de dólares. Dentre eles destaca-se o conhecido caso *Mc Donald's Coffee Case*, datado de 1992, no qual foi arbitrado a título de *punitive damages* indenização na ordem de US\$540.000,00 (RESEDÁ, 2008, p. 248 e 249), em decorrência de grave queimadura de café sofrida por cliente da rede de *fast food*.

Assim, pela aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, o que se vislumbrou nos Estados Unidos foi a fixação de enormes valores indenizatórios, tendo, por consequência, o surgimento de inúmeras demandas pautadas na referida Teoria, sendo que, em muitas delas, o que se percebia era o abuso dos demandantes, uma vez que inventavam situações ensejadoras de indenização milionária, transformando as Cortes

Judiciais em verdadeiras loterias. Tal comportamento vem sendo alterado pelos Tribunais norte-americanos, ante aos absurdos indenizatórios ocorridos.

Analisando-se a literatura civilista norte-americana, datada da década de 90, encontram-se inúmeros casos de indenizações extremamente volumosas, justificadas pelos *Punitive Damages*, o que provocou, em alguns juristas americanos, sérias preocupações quanto às estrondosas indenizações, fazendo com que muito se repensasse sobre os parâmetros adotados para tal punição. Decorrência dessa nova postura é o fato que se passa a relatar, conhecido mundialmente como caso *Gore v. BMW* (OLIVEIRA, 2012).

Em 1992, no estado do Alabama, o Sr. Ira Gore comprou um automóvel BMW *sports sedan*, pagando o valor de US\$40.000,00. Cerca de nove meses após a realização da compra, levou seu carro a uma oficina especializada para que fosse feito o polimento de seu veículo e obteve a informação de que seu carro havido sido repintado antes mesmo de sair da fábrica. Inconformado com o fato e convencido de que havia sido enganado, Gore ajuizou ação contra a empresa *BMW of North America*, alegando fraude por parte da distribuidora de automóveis.

No transcorrer do processo, a empresa ré confirmou que desde 1983 adotava a seguinte política em relação aos danos causados nos veículos novos durante a montagem ou transporte: se o dano causado representasse valor superior a 3% do preço sugerido para a venda, o carro era vendido como usado; por outro lado, se os danos ocorridos fossem inferiores a 3%, o carro era repintado e vendido como novo, sem advertir que qualquer reparo fora realizado. No caso específico do autor, comprovou-se que o dano que seu carro sofreu no processo de montagem e transporte foi de 1,5%, alegando, a empresa, que não estaria, então, obrigada a revelar a repintura realizada.

Além disso, também restou provado nos autos que o valor de um BMW usado é 10% menor que o valor de um novo, o qual foi pago pelo demandante, observando claro prejuízo. Ademais, o autor conseguiu provar que desde 1983 a empresa ré vendeu 983 veículos repintados como se novos fossem, sem revelar tal situação aos revendedores.

Considerando todo o exposto no processo, o Júri condenou a empresa ré ao pagamento de US\$4.000,00 a título de *compensatory damages*, valor correspondente à depreciação de 10% do valor do veículo em razão do reparo realizado e US\$4.000.000,00 em *punitive damages*, por entenderem, os jurados, que a postura da empresa de não revelar os reparos realizados configurou conduta maliciosa e fraudulenta. Apesar do altíssimo valor de *Punitive Damages* arbitrado pelos jurados, a Suprema Corte americana reduziu tal valor a US\$2.000.000,00, por entender ter sido o primeiro valor extremamente abusivo e desproporcional. Ao final, a Suprema Corte do Alabama reduziu ainda mais o *quantum* indenizatório ao patamar de US\$50.000,00 a título de *Punitive Damages*, seguindo o novo entendimento dos Tribunais, já aventado anteriormente neste trabalho, de aplicação da proporcionalidade aos valores de reparação por aplicação da indenização punitiva.

Atualmente, mesmo sendo amplamente aplicada e consolidada nos Estados Unidos, muitos juristas norte-americanos têm questionado a validade da Teoria dos *Punitive Damages* em seu ordenamento jurídico, principalmente sob o argumento de

que a falta de padrões ao estabelecimento das indenizações e do que efetivamente se considera punitivo gera insegurança jurídica, ocasionada pelo subjetivismo característico das decisões do Tribunal do Júri. Ademais, questionam a validade de tal instituto ante as Emendas Oitava e Décima da Constituição, que tratam, respectivamente, da proibição de sanções excessivas aos condenados e do princípio do *in dubio pro reo*.

Não se pode olvidar do argumento do enriquecimento sem causa da vítima, ante as inúmeras indenizações absurdamente altas, como vislumbrado no caso Gore. Apesar de tais vozes dissonantes, ainda nos Estados Unidos se mostra totalmente possível a aplicação da referida Teoria, vez que o que tem sido buscado pelos juristas, mesmo pelos que levantam tais argumentos, é a pacificação e uniformização dos parâmetros utilizados para a fixação da indenização punitiva, mas não sua extinção. É nesse contexto que surgem os requisitos para a aplicação da indenização punitiva a serem analisados em momento oportuno. Dessa forma, a Teoria dos *Punitive Damages* ainda tem força no direito norte-americano, sob o argumento de maior proteção à vítima, punição exemplar ao ofensor e desestímulo à sociedade.

Por fim, cabe acrescentar que países da *civil law*, como Itália, Alemanha, França e Portugal, também aceitam a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* em seu ordenamento jurídico, ressaltando que a noção de indenização punitiva não se restringe aos países do sistema da *common law*, como no caso da Inglaterra e dos Estados Unidos.

## **5 Aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* à realidade brasileira**

### *5.1 As divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema*

A partir da análise dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pátrios, constata-se que a maioria dos juristas brasileiros entende pela dupla natureza da reparação advinda do dano moral, ou seja, a indenização presta-se à compensação da vítima e à punição do ofensor. Porém, em que pese tal aceitação, os Tribunais brasileiros ainda continuam resistentes à fixação de alto valor indenizatório, especificamente em relação ao caráter sancionador, principalmente sob o argumento do enriquecimento sem causa da vítima e do estímulo à conhecida “indústria do dano moral”.

Nesse ponto, cumpre destacar a doutrina contrária à aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* no direito brasileiro. Como teses principais, essa corrente traz à baila as seguintes questões: o primeiro argumento restringe-se à ideia de que a indenização pela aplicação da referida Teoria revestir-se-ia de um caráter penal, posto que funcionaria como uma hipótese de “pena civil”. Nesse contexto, haveria a quebra da dicotomia direito público e direito privado, já que o Direito Civil é eminentemente ramo do direito privado e o Direito Penal parte do direito público. Além disso, para tais doutrinadores, a função de aplicação de pena é destinada ao Direito Penal e não à seara Civil, que deverá se preocupar apenas com a compensação dos danos morais causados, não se adentrando ao fato de que a função de punição afeta a legislação criminal.

Como segundo argumento contrário à Teoria dos *Punitive Damages*, posiciona-se parte da doutrina no sentido de que a indenização punitiva, por assemelhar-se à penalidade do Direito Penal, violaria o Princípio da Legalidade, conhecido como *nulla poena sine lege*, inserto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Nesse sentido, não poderia, o julgador, arbitrar alto valor indenizatório com fins à punição do ofensor, uma vez que tal penalidade não está previamente prevista em lei. Posiciona-se, dessa maneira, Humberto Theodoro Júnior:

se não existe lei alguma que tenha previsto pena civil ou criminal para o dano moral em si mesmo, ofende a Constituição a sentença que exacerbar a indenização, além dos limites usuais, sob o falso e injurídico argumento de que é preciso punir o agente exemplarmente, para desestimulá-lo de reiterar em semelhante prática (*apud* OLIVEIRA, 2012, p. 60).

No mesmo sentido, entendendo serem os *Punitive Damages* afronta ao Princípio da Reserva Legal, garantido pela Constituição Federal, Luísa Ferreira Vidal e Marcelo Oliveira Milagres:

a admissão da pena civil nesse cenário, sem qualquer parâmetro para sua incidência e estipulação pela atual redação do Código Civil, ensejaria violação ao princípio da reserva legal consagrado no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Para que fosse possível a indenização punitiva seria necessário respaldo legal (MILAGRES; VIDAL, 2014, [s.p]).

Seguindo o mesmo entendimento, posicionando-se pela impossibilidade de aplicação da indenização punitiva no Direito brasileiro, Pedro Henrique C. Fonseca:

no Brasil, a jurisprudência, em massa, tem justificado e fundamentado condenações em responsabilidade civil, levando em consideração a função punitiva e preventiva. Trata-se de uma análise sem observação técnica do instituto da responsabilidade civil, em vista da impossibilidade de adequação do sistema de aplicação da teoria dos *punitive damages* à ausência de permissão legal para aplicação da função punitiva. A *civil law* não absorveu de forma técnica os danos punitivos no Brasil. Mesmo levando em consideração a conduta do ofensor como fator de identificação de danos, principalmente o dano moral, há impossibilidade técnica para aplicar a teoria (FONSECA, 2014, p. 129 - 130).

Ademais, argumenta a referida doutrina contrária que a aceitação dos *Punitive Damages*, no ordenamento jurídico brasileiro, não seria afronta apenas ao estabelecido constitucionalmente, mas também ofensa à legislação infraconstitucional, especificamente o artigo 944 do Código Civil, o qual estabelece as bases para fixação do *quantum* indenizatório, sem mencionar a função punitiva como forma de mensurar a reparação do dano. Assim se posiciona Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa:

a solução, portanto, não é prefixar o valor do dano moral (ou tarifá-lo), mas simplesmente afastar o seu caráter supostamente punitivo, com o que já se estará cumprindo o disposto no art. 5º, XXXIX, da CF/1988. Poucos parecem ter se dado

conta, no entanto, de que o caráter punitivo da indenização do dano moral (ou melhor, de qualquer indenização) também se revela incompatível com o direito infraconstitucional brasileiro, uma vez que foi expressamente proscrito pelo art. 944, caput, do CC/2002: "A indenização mede-se pela extensão do dano" (YOSHIKAWA, 2008).

Trazendo também o argumento ora em comento, para negar aplicação da Teoria no ordenamento jurídico brasileiro, Luísa Ferreira Vidal e Marcelo Oliveira Milagres:

[...] entendemos que o art. 944 do CC/2002 não permite que o valor das indenizações supere a extensão do dano sofrido. Assim, por maior que seja o montante da indenização, variável conforme a amplitude do dano, ela deve guardar função apenas reparatória/compensatória, como resposta à coletividade vítima do ilícito. A cobrança de parcela punitiva do ofensor, além da compensação do dano, configuraria grave afronta ao art. 944, esse sim, indiscutivelmente taxativo quanto à mensuração das indenizações no âmbito da responsabilidade civil (MILAGRES; VIDAL, 2014, [s.p]).

Nessa ordem de ideias, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo se posiciona contra a aplicação da Teoria, argumentando que a indenização punitiva não se coaduna com a noção de responsabilidade civil por ato de terceiro, já que a "pena" não pode passar da pessoa do condenado (*apud* RESEDÁ, 2008, p. 281). Além disso, alguns doutrinadores destacam a possibilidade de, em certos casos, haver punição civil e criminal, como na hipótese da prática de ilícitos penais, sendo que a indenização punitiva provocaria *bis in idem*, vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda existem os que se posicionam contrariamente à aplicação dos *Punitive Damages*, por entender que a fixação de altos valores indenizatórios provocaria o fomento à "indústria do dano moral" e consequente enriquecimento sem causa do ofendido, transformando o Poder Judiciário em verdadeira loteria e confrontando claramente o que dispõe o Código Civil acerca da boa-fé. Assim entende Maria Celina Bodin de Moraes:

o nosso sistema não deve adotá-lo [função punitiva], entre outras razões, para evitar a chamada loteria forense; impedir ou diminuir a insegurança e imprevisibilidade das decisões judiciais; inibir a tendência hoje alastrada da mercantilização das relações existenciais (*apud* OLIVEIRA, 2012, p. 61).

Seguindo o entendimento esposado pela Ilustre doutrinadora, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil, tendo em vista o que dispõe o artigo 884, do Código Civil, o qual veda expressamente o enriquecimento sem causa. Dessa maneira, para o Superior Tribunal,

[...] a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a

novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. (AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010).

No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em Apelação Cível de relatoria do Exmo. Des. Barros Levenhagen, o qual em seu voto deixou claro o entendimento de que o Direito brasileiro não adotou a técnica dos *Punitive Damages*, considerando-a própria do sistema anglo-saxão da *common law*. Ao final, restou adotada a corrente que entende ser o caráter da indenização apenas pedagógica e compensatória (TJMG – Apelação Cível 1.0596.10.006346-7/001, Rel. Des. Barros Levenhagen, 5º Turma Cível).

Por outro lado, destaca-se a maioria da doutrina que entende ser possível a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* quando se trata da indenização decorrente de dano moral. Para tais doutrinadores, a função punitiva é de extrema importância no momento da fixação da indenização, tendo-se em vista a necessidade de sancionar o autor do dano por seu ato ilícito, para que não volte a praticá-lo, e o desestímulo provocado na sociedade para que entenda que atos como o praticado não são tolerados pelo ordenamento. Na lição do ilustre Salomão Resedá, “ao imputar um valor além daquele voltado a compensar a vítima não significa simplesmente punir o ofensor. Muito mais do que isso, ele é o caminho adotado pelo ordenamento para desestimular novas práticas desta conduta” (2008, p. 283 - 284).

Rebatendo as teses apresentadas pela corrente que rejeita os *Punitive Damages*, a doutrina que a aceita entende que não há que se falar em “pena civil” e muito menos em quebra da dicotomia público e privado. Mais uma vez o posicionamento do jurista baiano mostra que,

assim, por afastar-se do âmbito penal, ainda que num grau menor do que em outras áreas do direito civil, o *punitive damages* não pode ser considerado como uma pena. Ela não é uma pena civil, mas sim um acréscimo concedido à indenização em razão dos danos morais para apresentar ao ofensor a reprovabilidade social (RESEDÁ, 2008, p. 284).

Uma vez defendida a ideia de que a indenização punitiva não se reveste do caráter de pena, mas de acréscimo concedido em razão da reprovabilidade da conduta, para os que entendem pela possibilidade dos *Punitive Damages* no direito brasileiro, os argumentos de que tal Teoria fere a legalidade exigida pelo Direito Penal, prevista na Constituição e de que se trata de *bis in idem*, não se sustentam, tendo em vista se tratar de instituto civil, não se aplicando as regras quanto à sanção penal.

A doutrina defensora dos *Punitive Damages* ainda elenca inúmeras hipóteses previstas pelo legislador de 2002 que possuem nítido caráter sancionador, dentre elas a cláusula penal, os juros de mora, o pagamento em dobro, a restituição em dobro e as *astreintes* (OLIVEIRA, 2008), não havendo razão, portanto, àqueles que rechaçam a ideia de aplicação da indenização punitiva por argumentarem ser esta de natureza

penal. A própria Lei Civil prevê casos em que semelhante punição ocorrerá, não havendo justificativa para a não aplicação da referida Teoria.

Especificamente em relação à ideia de *bis in idem*, nas hipóteses em que houver sanção penal e civil, Nelson Rosenvald obtempera que

este dado [função punitiva da indenização] não suprime a sua constitucionalidade, pois as instâncias cível e penal não são excludentes, mas acarreta ao magistrado o dever de reduzir o seu *quantum*, ou, do juiz criminal reduzir a pena (2013, p. 217).

Ademais, a doutrina que sustenta a aplicação da referida Teoria rebate o argumento do enriquecimento sem causa, propondo a possibilidade de destinar a indenização a título punitivo a fundos criados especificamente para tanto ou mesmo destinar-se a instituições beneficentes. Dessa maneira, o dinheiro não iria para as mãos do ofendido, não se falando em enriquecimento sem causa e o ofensor seria devidamente punido. Sobre o enriquecimento sem causa, frisa Salomão Resedá que “o seu objetivo [do *punitive damages*] não é enriquecer a vítima, mas sim desestimular o agressor a reiterar em condutas semelhantes e, também, apresentar aos demais (potenciais ofensores) a rejeição social àquele comportamento” (2008, p. 283).

Da mesma maneira, Nelson Rosenvald posiciona-se contrário à tese de que os *Punitive Damages* provocariam enriquecimento sem causa do ofendido, vez que, para ele, “não se pode cogitar de locupletamento ilícito quando o montante destinado à vítima é proveniente de uma decisão judicial. Esta é a justa causa de atribuição patrimonial” (2013, p. 196).

Além disso, o Ilustre doutrinador apresenta solução equânime, a fim de elidir questionamentos quanto ao que a vítima deve ou não receber a título de *Punitive Damages*. Nesse sentido, entende que “quando constatada a natureza imediatamente difusa de danos em ações individuais, 75% do valor deva ser destinado a Fundos especificamente destinados à proteção de interesses difusos e 25% ao particular” (ROSENVALD, 2013, p. 199). Assim, não haveria que se falar em enriquecimento sem causa da vítima.

Por conseguinte, pugna referida doutrina pela liberdade do julgador em analisar, no caso concreto, os elementos necessários à caracterização de situação justificadora dos *Punitive Damages*, agindo de maneira justa e imparcial, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, além da fundamentação da decisão, conforme determina o artigo 93, IX, da Magna Carta. Dessa maneira, tentar-se-ia evitar a má-fé de determinadas pessoas que se valem do Poder Judiciário para se enriquecer à custa dos outros.

Rebatendo os argumentos colecionados pela doutrina contrária aos *Punitive Damages* no Direito brasileiro, a corrente favorável entende que a sua aplicação não ofende os dispositivos previstos nem na Constituição Federal nem no Código Civil. Por outro lado, defende a referida teoria que o próprio artigo 944 da Lei Civil, em seu parágrafo único, justifica o emprego da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, se é possível analisar o comportamento do ofensor a fim de reduzir a indenização arbitrada, não haveria óbice para tal análise com o fito de

aumentar o valor da reparação, ante a alta reprovabilidade de sua conduta. Na lição de Nelson Rosenvald,

em simetria, este mesmo cuidado com a avaliação do comportamento do ofensor, no cotejo com modelos de comportamento ideais esperados pelo ordenamento, poderá resultar em uma aferição concreta quanto ao intencional proceder do agente – ou o seu absoluto desprezo pelas regras de cautela -, no exercício da atividade que desencadeou danos. É legítimo do ponto de vista constitucional que a medida da condenação supere o dano concretamente sofrido pela vítima (2013, p. 170).

Na mesma linha de ideias, Tauanna Gonçalves Vianna diz que

[...] a indenização punitiva encontra suporte no próprio art. 944 do Código Civil, uma vez que este, ao tratar da extensão do dano, também abrange o chamado dano social, que é aquele que extrapola a esfera individual da vítima e repercute negativamente sobre toda a sociedade, posição com a qual concordamos. [...] Ante o exposto, constata-se que a indenização punitiva, se adequadamente utilizada, consiste num importante instrumento social (2014, [s.p]).

Adotando o mesmo posicionamento, o Enunciado 379 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, preleciona que o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil (AGUIAR JÚNIOR, 2006).

É por essa razão que, para a corrente favorável à Teoria, não se sustenta a tese que justifica a não aplicação dos *Punitive Damages* no Direito brasileiro por seu modelo adotado, qual seja o da *civil law*. Entende a referida doutrina que, na atual dinâmica por que passa o Direito, ou seja, o do neoconstitucionalismo e o da aplicação imediata dos princípios constitucionais, não é razoável que se negue aplicação à Teoria em estudo sob o argumento de que a majoração da indenização com base na punição não está prevista em lei.

Nesses termos, a indenização punitiva é instituto da seara civil, a qual não se submete às regras de estrita legalidade pertinentes ao Direito Penal. Dessa maneira, por tal posicionamento, não se pode argumentar que o que não está previsto em lei não merece aplicação, já que os princípios constitucionais e infraconstitucionais justificam seu acolhimento. Não se pode olvidar que, no próprio Direito brasileiro, tem-se adotado teorias não previstas pelo legislador, como é o caso da Teoria da Perda de uma Chance (FARIAS; ROSENVALD, 2012), que foi construída pela doutrina e que tem ganhado força nos Tribunais Superiores.

Além disso, como mencionado alhures, alguns países da *civil law* têm adotado o instituto dos *Punitive Damages*, o que, mais uma vez, não sustenta o argumento de que a indenização punitiva não se coaduna à noção do direito romanístico, vez que, cada vez mais, o que se busca é a proteção da dignidade da pessoa humana e o alcance à ideia de justiça social. Ensina-nos Nelson Rosenvald que

as nações da *common law* recorrem à legislação, assim como os Estados filiados ao *civil law* concedem paulatina importância à construção do direito pelos tribunais e pelos costumes. Instrumentos e modelos jurídicos podem ser cambiados – obviamente com as devidas cautelas de adequação aos ordenamentos – como forma de contribuição para a edificação de um direito privado capaz de aliar a justiça e a eficiência (2013, p. 139 - 140).

Defendendo a função punitiva da indenização por dano moral, Caio Mário da Silva Pereira afirma que

o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter ressarcitório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido (*apud* OLIVEIRA, 2012, p. 56 - 57).

O Ilustre doutrinador Orlando Gomes também se posiciona pela dupla função do ressarcimento pelo dano moral: a de punição/expiação do culpado e de satisfação da vítima (2002).

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar acrescenta que

[...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido (1994, p. 220).

Ainda Yussef Said Cahali salienta que “a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir” (1998, p. 175).

Para Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira, “a adoção do valor do desestímulo sobre a indenização imposta possibilita a conscientização do ofensor de que aquela conduta perpetrada é reprovada pelo ordenamento jurídico, de tal sorte que não volte a reincidir no ilícito” (2012, p. 91).

No mesmo sentido, Salomão Resedá entende que,

diante destas prerrogativas, indiscutivelmente, chancela-se o posicionamento segundo o qual o *punitive damage* deve ser impresso com incontestável destaque no universo jurídico brasileiro. A realidade cotidiana não pode ser ignorada: inúmeros são os pleitos que versam sobre comportamentos ofensivos a direitos da personalidade. Ao Poder Judiciário, por sua vez, cumpre o dever de conferir uma resposta plausível a estes anseios, efetivando-se com isso a determinação Constitucional constante em seu art. 1º, o que somente poderia ser concretizado a partir da inserção da prevenção e do caráter exemplificativo decorrente do *exemplary damage* (2008, p. 304).

Por fim, Nelson Rosenvald conclui que

o tecido social brasileiro se esgarça. As relações interprivadas se amesquinham, com a proliferação de condutas maliciosas. Por qual motivo devemos negar a adequação da responsabilidade civil à sociedade em que estamos inseridos? A diretriz da eticidade que norteia o Código Civil não pode se transformar em letra morta no universo dos atos ilícitos (2013, p. 224).

Seguindo a doutrina favorável aos *Punitive Damages*, o Excelso Supremo Tribunal Federal já reconheceu o caráter punitivo do dano moral, elevando o *quantum* indenizatório arbitrado pelo dano moral sofrido, para que se atendesse às finalidades punitiva, pedagógica e compensatória (ARE 641487 ED, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, DJe, divulgado em 20-03-2013; publicado em 21-03-2013).

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, em sede de Apelação Cível, em Ação de Indenização por Danos Morais, que, no momento de quantificação do dano moral, deve-se levar em consideração a noção de sanção ao lesado, nos seguintes termos:

para a fixação dos danos morais levam-se, em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a ideia de sancionamento ao lesado (ou *punitive damages*, como no direito norte-americano); Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0534.09.014071-4/001, Relator (a): Des.(a) Domingos Coelho, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/07/2011, publicação da súmula em 12/07/2011)

Por todo o exposto, forçoso reconhecer que a maioria da doutrina e Jurisprudência posiciona-se favorável à aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, bastando que se ajustem as previsões do direito alienígena à realidade brasileira, ajustes esses propostos pela própria corrente que defende a indenização punitiva.

## 5.2 Requisitos para a correta aplicação dos *Punitive Damages*

Justamente para tentar evitar indenizações desproporcionais e para que se atinja o real objetivo do instituto, qual seja a punição do ofensor, é que a doutrina estabelece alguns parâmetros para a mais tranquila aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, concluindo por sua viabilidade de incidência ou não. Passa-se à apreciação de cada um deles, elencados por Salomão Resedá em trabalho sobre o tema.

O primeiro requisito para análise e aplicação da Teoria é a conduta reprovável. É preciso que o comportamento do ofensor seja grave e reprovável. Nas palavras do mestre baiano, “a conduta deve ser particularmente reprovável na medida em que é exatamente este grau de rejeição que irá funcionar como a mola propulsora para a imposição de uma indenização punitiva” (2008, p. 262).

Então, condutas dolosas, maliciosas, fraudulentas, opressoras e moralmente culpáveis são facilmente identificáveis como passíveis de punição pelos *Punitive Damages*. Não se quer dizer, porém, que a responsabilidade objetiva, ou seja, a que não

depende da prova de culpa, não pode ser abarcada pelos *Punitive Damages*, haja vista que, embora inexistir prova da culpa, a conduta do agente pode se revestir da reprovabilidade necessária (RESEDÁ, 2008). Ademais, é preciso destacar que o comportamento gravoso realizado de maneira reiterada é mais um motivo para aplicação do referido instituto, vez que carregado de má-fé e reprovabilidade.

Dessa maneira, conclui Sérgio Cavalieri Filho que

a indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita (2009, p. 95).

Cumprido salientar que as condutas consideradas de pequena monta ou de pouca gravidade, como nos casos de culpa mínima, por exemplo, não caberá aplicação da referida Teoria, tendo em vista a ausência do requisito da reprovabilidade e reiteração do comportamento. Caberá ao magistrado analisar, de forma fundamentada, baseado na razoabilidade e proporcionalidade, se determinada conduta levada à sua apreciação cumpre ou não o requisito ora em discussão.

O segundo requisito que deve se levar em consideração é a função pedagógico-desestimuladora dos *Punitive Damages*. No momento de sua incidência, não se analisará apenas o dano sofrido pela vítima e a sua necessária compensação, mas também o comportamento do ofensor e a punição de sua conduta, a fim de desestimulá-lo a novas práticas ilícitas. Conclui Salomão Resedá que, “em assim sendo, o *Punitive Damages* estaria apto a desenvolver a função de desestímulo aliado ao caráter pedagógico de evitar que sejam reiterados atos considerados nocivos à sociedade ou gravosos a ela” (2008, p. 265).

O terceiro parâmetro a ser analisado diz respeito às próprias características do ofensor. Assim, sua repercussão social e condição financeira influenciarão diretamente no momento da análise de fixação da indenização punitiva. O que se vislumbra é a maior atenção que se dá à figura do ofensor do que do próprio ofendido, já que o objetivo principal aqui é a punição de sua conduta. Nesse diapasão, nos esclarecem Luísa Ferreira Vidal e Marcelo de Oliveira Milagres que

a pena civil guardará caráter repressivo e pedagógico e deverá ser cominada conforme as especificidades do ofensor. Para que esse seja punido e desestimulado à realização de novos ilícitos, o direito deve lhe atingir na medida da sua condição patrimonial. Assim, quanto mais ou menos abastado for o autor do ilícito, maior ou menor será o valor da pena, respectivamente (MILAGRES; VIDAL, 2014, [s.p]).

Por fim, o último requisito que urge analisar é o próprio ofendido. Porém, diferentemente da noção de compensação da vítima, em que se olha primordialmente para sua condição, na indenização punitiva, o ofendido não deve ser avaliado em primeiro plano, uma vez que a função aqui perpetrada é de punição do ofensor. Nos ensinamentos de Salomão Resedá,

em assim sendo, o individual deve merecer atenção necessária, porém não figurar como a mola mestra para justificar a aplicação do *exemplary damage*. Muito mais do que isso, o coletivo é a pedra de toque para a sua chancela, na medida em que a proteção singular conferida pela responsabilidade civil deve estar configurada no seu caráter compensatório e não no instituto em questão (2008, p. 268).

Cumprido ressaltar que a vítima não será esquecida pela aplicação da Teoria em apreço, porém não será entendida como o centro da análise para fixação da indenização.

Estabelecidos os pressupostos de análise para aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, passa-se à apreciação da adequação de tal instituto ao ordenamento jurídico brasileiro, ante o que dispõe a Constituição Federal e o Código Civil.

### 5.3 Adequação à realidade brasileira, à luz da Constituição Federal e do Código Civil

A doutrina que defende a aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* elenca algumas adequações a serem realizadas a fim de compatibilizá-la ao ordenamento jurídico brasileiro, ante o que dispõe a legislação pátria. Além disso, a própria doutrina que reconhece a impossibilidade de aplicação da indenização punitiva entende ser a mesma cabível, desde que se proceda a algumas alterações em nosso ordenamento para que se adéque ao direito pátrio. Assim se posicionam Luísa Ferreira Vidal e Marcelo de Oliveira Milgares (2014).

Bem observa Tauanna Gonçalves Vianna, ao concluir que,

a importação disforme dos *punitive damages* resultou na criação de uma "espécie bizarra de indenização" (SCHREIBER, 2009, p. 205), do que decorrem duas sérias consequências. A uma, gera-se insegurança às partes litigantes, pois não há uma identificação clara da medida em que o dano moral está sendo compensado, e da medida em que se está punindo o ofensor, o que afeta não só a destinação da parcela punitiva, [...] mas o próprio caráter didático da condenação. A duas tem-se que, ao inserir a indenização punitiva dentro de uma modalidade de reparação essencialmente compensatória, a parcela adicional recebida pela vítima, a título de punição do ofensor, pode ser encarada como enriquecimento sem causa, entendido como vantagem indevidamente auferida, passível de restituição, nos termos dos arts. 884 e ss. do Código Civil (VIANNA, 2014, [s.p]).

É nesse sentido e para evitar que tais consequências ocorram que a doutrina elenca as alterações necessárias a serem realizadas na Teoria, para que possa ser aplicada pelo Direito brasileiro. A primeira adequação a ser feita é quanto à competência para fixação da indenização punitiva. Como visto alhures, nos países da *common law*, principalmente nos Estados Unidos, a valoração e quantificação dos *Punitive Damages* são feitas pelo Tribunal do Júri, composto por jurados leigos. Ocorre que, no Brasil, por expressa disposição constitucional (artigo 5º, XXXVIII, CRFB/88), a competência do Júri restringe-se à análise e julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Dessa maneira, a atribuição de fixação de indenização não é do Júri, devendo

ficar a cargo do juiz togado o estabelecimento do *quantum* indenizatório a título de *Punitive Damages*.

Nesse contexto, caberá ao juiz valer-se dos meios de razoabilidade e proporcionalidade para que possa decidir da maneira mais acertada possível, evitando situações teratológicas como já aventadas no presente trabalho, devendo sempre fundamentar suas decisões. Nessa linha de ideias, Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira afirma que, “portanto, não há que se falar em vingança, mas apenas obediência às normas e princípios basilares do sistema jurídico, que indicam a necessidade de compensação e desestímulo, tudo mediante elaboração condenatória fundamentada e motivada [...]” (2012, p. 71).

No mesmo sentido, para Carlos Alberto Bittar,

[...] cabe sempre ao juiz sopesar, no caso concreto, os fatores e as circunstâncias que podem influenciar no julgamento e, firmada a convicção quanto à responsabilidade do agente, definir o *quantum* da indenização em nível que atenda aos fins expostos [compensação e punição] (1994, p. 222).

A segunda alteração necessária para que se faça a correta aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* é a separação, no momento da prolação da sentença, do que é dano compensatório, daquilo que, efetivamente, é dano punitivo nos moldes do desenvolvido nos Estados Unidos. Nesse ponto, se encontra o atual equívoco dos Tribunais pátrios que, apesar de concederem caráter punitivo à indenização, não separam de forma clara e precisa o *quantum* destinado ao ressarcimento da vítima e o valor da indenização punitiva, ficando esta sem utilidade prática, vez que a punição, muitas vezes, não é perceptível.

Concluindo, Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira afirma que,

diante disso, importante que o juiz, quando do arbitramento da indenização do dano moral, proceda com razoabilidade e clareza, mencionando, de forma fundamentada, as razões para a imputação da indenização com caráter desestimulador, devendo tal montante ser feito separadamente do valor da indenização compensatória, possibilitando uma maior transparência e controle dos critérios utilizados pelo magistrado (2012, p. 93).

Por fim, a terceira e última adequação proposta pela doutrina defensora da referida Teoria é quanto à destinação do montante indenizatório a título de *Punitive Damages*. Para essa doutrina, a indenização punitiva deveria ser destinada a um fundo criado especificamente para tanto ou a uma entidade beneficente. Nesses termos, para Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira,

outro ponto de destaque é que se entende ser prudente que esse adicional advindo da condenação não seja destinado à vítima, mas, sim, em favor de estabelecimento de beneficência, fazendo-se um paralelo com o já disposto no parágrafo único, do artigo 883 do Código Civil e no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública, evitando-se, inclusive, a alegação de enriquecimento indevido da vítima, bem como um possível surgimento da ‘indústria do dano moral’ (2012, p. 93).

Interessante trazer à colação oportuna observação realizada por Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira. Diz o referido autor que a Teoria dos *Punitive Damages* teria mais eficácia se aplicada no Brasil do que comparativamente aos Estados Unidos, local onde mais bem se desenvolveu. Assim entende, tendo em vista que nos Estados Unidos utiliza-se da cultura do seguro e do resseguro, em que na prática o *quantum indenizatório* será arcado pela seguradora. No Brasil, como tal mecanismo não é utilizado com frequência, o valor da condenação seria efetivamente pago pelo ofensor, dando-se maior eficácia à função punitiva da Teoria. Assim, nos esclarece que,

no direito norte-americano, verifica-se a existência de uma cultura do seguro e do resseguro, possibilitando que, em grande parte dos casos de aplicação dos *punitive damages*, o peso da condenação, na prática e em última instância, recaia sobre as corporações seguradoras [...] de modo que, a rigor, o caráter punitivo perde seu objetivo. [...] Noutro norte, pelo fato de não termos em nossa conduta tal prática securitária, as indenizações por danos morais, em regra, são efetivamente suportadas pelo próprio ofensor, possibilitando, assim, que o caráter desestimulador possa funcionar com muito mais eficácia no Brasil, atingindo diretamente o bolso dos agentes lesionadores (OLIVEIRA, 2012, p. 71 - 72).

Portanto, essas seriam as medidas necessárias a serem tomadas para que o instituto dos *Punitive Damages* pudesse ser verdadeiramente aplicado no ordenamento jurídico brasileiro.

## 6 Conclusão

Por todo o exposto, imperioso adotar a posição que mais se coaduna à ideia de proteção à dignidade da pessoa humana, esposada na Constituição Federal, qual seja a que entende pela possibilidade de aplicação da Teoria dos *Punitive Damages*, no ordenamento jurídico brasileiro, quando do arbitramento para reparação do dano moral.

Analisando-se o instituto e procedendo-se às necessárias adequações, resta reconhecer que a noção de indenização punitiva está em total consonância ao que dispõe o Código Civil e a nossa Carta Maior, devendo, portanto, ser aplicada pelo Direito brasileiro, tendo-se sempre em mira a ampla proteção à vítima e a eficiente punição ao ofensor, desestimulando comportamentos danosos e violadores de direitos alheios.

Por fim, não se pode olvidar que o Direito, cada vez mais, tem evoluído no sentido de proteger os direitos da personalidade, especialmente a dignidade da pessoa humana, e de atingir, ao máximo, os parâmetros de justiça social. A aceitação da Teoria dos *Punitive Damages*, notadamente quanto ao dano moral, mostra-se como uma importante forma de proteção de tais atributos, resguardando-se o ofendido e toda a sociedade, vez que esta, em última análise, será igualmente beneficiada com a devida punição do ofensor.

### *Referências*

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2006.

Disponível em:

<<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>.

Acesso em: 24 de out. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 254p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 850.273/BA. *Dje*. Brasília, 24 ago. 2010. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 641487 ED. *Dje*. Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0534.09.014071-4/001. *Dje*. Belo Horizonte, 12 jul. 2011. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em: 10 out. 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 720p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. 577p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2010. 706p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2012. 652p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 776p.

FONSECA, Pedro H. C. *Manual da responsabilidade do médico*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. 359p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 11. ed. rev. atual. e ampl. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2013. 453p.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 357p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2008. 535p.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira; VIDAL, Luísa Ferreira. *Função punitiva da responsabilidade civil: da (in) admissibilidade da Pena Civil pelo Direito Brasileiro*.

Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=Iff96d1e0568911e49aa4010000000000>>. Acesso em: 24 de out. 2014.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A Responsabilidade Civil por Dano Moral e seu Caráter Desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. 124p.

RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damages nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 11 de set. 2014.

ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas., 2013, 231p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. v. 4. São Paulo: Atlas., 2003, 245p.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. *Indenização punitiva no Brasil*. Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000014941f97617051ef600&docguid=I10e4d510bfa811e39d90010000000000&hitguid=I10e4d510bfa811e39d90010000000000&spos=8&epos=8&td=31&context=78&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 24 de out. 2014.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A Incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do artigo 5º, XXXIX, da CF/1988 e do artigo 944, caput, do CC/2002)*. Disponível em:

<<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000014941f242515dbeb166&docguid=I1bd8e1d0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I1bd8e1d0f25311dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=31&context=60&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2008.436-n61>>. Acesso em: 24 de out. 2014.